



Paper Universitario

TÍTULO

PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO (I)

AUTOR

**Víctor Granda Aguilar,
docente del Área de Derecho**

Quito, 2016

DERECHOS DE AUTOR:

El presente documento es difundido por la **Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**, a través de su **Boletín Informativo Spondylus**, y constituye un material de discusión académica.

La reproducción del documento, sea total o parcial, es permitida siempre y cuando se cite a la fuente y el nombre del autor o autores del documento, so pena de constituir violación a las normas de derechos de autor.

El propósito de su uso será para fines docentes o de investigación y puede ser justificado en el contexto de la obra.

PROYECTO DE CODIGO ORGANICO ADMINISTRATIVO (I)

Dr. Víctor Granda Aguilar*

1. INTRODUCCION.

El presente trabajo recoge algunas inquietudes académicas sobre el Proyecto de Código Orgánico Administrativo, presentado en la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2015, calificado por el Consejo Administrativo de la Legislatura¹, y que se encuentra actualmente en trámite en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado.

Me referiré a las repercusiones positivas que podría tener el nuevo Código en el ordenamiento jurídico del país; formularé, primero, algunas preocupaciones y críticas a su estructura y contenido generales y, posteriormente realizaré, en una segunda parte de este estudio, varios comentarios y propuestas sobre la actividad jurídica de la administración y el procedimiento administrativo.

2. EL CONTEXTO DEL PROYECTO

El proyecto es presentado en la parte final del gobierno del Presidente Correa, regido por la Constitución de 2008, luego de un intenso ejercicio político concentrador de las distintas funciones del Estado y orientado a fortalecer un manifiesto hiperpresidencialismo, para lo cual ha contado y cuenta con una abrumante mayoría parlamentaria, que le ha permitido expedir, bajo su iniciativa directa y por medio de un frecuente ejercicio de su potestad de veto, varios cuerpos jurídicos en materia económica y administrativa.²

Tanto en la implementación del modelo neoliberal (1990-2006), como en el vigente modelo neointervencionista (2007-2016), en el que se mantienen y

¹ Resolución CAL 2015-2017 – 83. Trámite No 234011.

² Código de Planificación y Finanzas (2010); Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomías y Descentralización (2009); más de 10 Reformas Tributarias (2007 -2015); Código Orgánico Monetario y Financiero (2014); Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública (2008); Ley Orgánica del Servicio Público (2010); Ley de Alianzas Público Privadas (2015), etc.

amplían medidas y políticas del modelo precedente, se han fortalecido las atribuciones y competencias del Presidente de la República, como Jefe de Estado, titular de la Función Ejecutiva y responsable de la administración pública, con la finalidad de garantizar la reconocida necesidad de adoptar “medidas unilaterales emergentes que permitan superar la crisis de gobernabilidad y agilizar el cambio (o mantención) del modelo”³.

En las reformas constitucionales de 1992-93 y en la Ley de Modernización del Estado (1993) se autorizó al Ejecutivo, “dictar” el “Estatuto Jurídico Administrativo” y las normas para “la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos”⁴. El Presidente Durán Ballén expidió, para el efecto, el ERJAFE (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva)⁵, con el que se sustituyó la constantemente reformada y, finalmente mutilada Ley de Régimen Administrativo⁶.

El Estatuto que se mantiene vigente hasta la actualidad, incluye un II libro sobre el procedimiento administrativo agregado por el Presidente Gustavo Noboa en 2002 y los permanentes ajustes y reformas efectuados por todos los presidentes de turno, conforme a las necesidades administrativas de sus gobiernos, solo en el régimen de Rafael Correa se reformó el ERJAFE sesenta y cuatro veces⁷.

³ Víctor Granda Aguilar, “Los principales desafíos del Derecho Administrativo en el Ecuador de hoy”, trabajo presentado en el Curso de Especialización en Derecho Administrativo y Financiero en la Universidad de Salamanca, 27 de marzo de 2015.

⁴ Codificación de la Constitución (R.O. 183: 5.05.1993) Art. 79, letra d) “nombrar y remover libremente a Ministros, Jefes de Misiones Diplomáticas que le correspondiere de acuerdo con la Ley y el Estatuto Jurídico administrativo dictado por el Presidente de la República”; Ley de Modernización del Estado (Ley 50 R.O. 349, 31.12.93). Art. 5 /Art. 40.- Dentro de los límites que impone la CP declárase de competencia exclusiva del ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos. En el plazo máximo de tres meses contados a partir de la vigencia de esta ley, el Presidente de la república deberá mediante Decreto Ejecutivo expedir y promulgar el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En lo sucesivo dicho régimen administrativo podrá ser modificado por el Presidente de la República a través de Decreto Ejecutivo de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública.

⁵ Registro Oficial 411 del 31 de marzo de 1994.

⁶ Ley de Régimen Administrativo (R.O. 357 del 13 de agosto de 1945. C.L.P); Codificación de la LRA. (R. O. 869 del 26 .04.1947); Novena y última codificación (S. R. O. 1202 del 20.08.1960). Vigente hasta el 31 de marzo de 1994 que se publicó el ERJAFE. Sólo entre 1961 y 1989 se reportaron 113 reformas y 21 reglamentos. La última reforma a lo que quedó como Ley de Régimen Administrativo se realizó el 12 de abril de 2005 en la codificación a la Ley de Migración.

⁷ Reformas al ERJAFE (2do libro del procedimiento): Decreto 2428 R.O. 536 del 18.03.2002. Desde entonces se han dictado 82 reformas hasta 8.IV.2015.

Al margen de la discusión académica y jurisdiccional sobre la naturaleza jurídica del ERJAFE, identificado inicialmente como una “ley delegada” según las reformas constitucionales de 1992-1993⁸, y luego como un “reglamento autónomo”⁹, aplicando las Constituciones de 1998 y 2008, se debe reconocer que se introdujo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, hace más de veinte y tres años, una importante y útil normativa secundaria, sobre la organización de la Función Ejecutiva, los procesos organizativos, su régimen jurídico, el procedimiento administrativo, el ejercicio de la potestad sancionadora y el régimen de la responsabilidad de las administraciones públicas.

Sin embargo, al tener, finalmente, el estatus jurídico de Estatuto (o de “reglamento autónomo”) y no de Ley, las normas del ERJAFE han sido manipuladas y modificadas constantemente, según la conveniencia de los gobiernos de turno y se ha relativizado su eficacia en las sentencias judiciales, pues queda claro que el régimen jurídico de la administración pública, de la que es “responsable” y titular el Presidente de la República, está sometido finalmente a la voluntad exclusiva del titular de la Función Ejecutiva, pues la vigente Ley de Régimen Administrativo fue insólitamente vaciada en su contenido por el Estatuto.

Sustituir o introducir modificaciones al régimen de la Función Ejecutiva, por medio de Ley, como debía hacérselo, puesto que a la administración le corresponde ejecutar y no legislar, hubiera exigido la participación, trámite y consensos parlamentarios. Se optó más bien por el camino más fácil y a nuestra manera de ver inconstitucional, expedir sobre la materia Decretos Ejecutivos, que se emiten, discrecionalmente, a voluntad del Presidente y que se acoplan, de mejor forma, al estilo autoritario requerido para satisfacer con agilidad, las necesidades económicas y políticas del sistema económico y social imperante y de los poderosos intereses externos e internos que se

⁸ Jorge Zavala Egas, *El ERJAFE en el ordenamiento jurídico*, EDINO, Guayaquil, 1996; Ernesto Velásquez Baquerizo, *La Nueva Justicia Administrativa*, Quito, CLD, 1995.

⁹ Las Constituciones de 1998 y la de 2008 establecen a la vez, que se dictarán leyes orgánicas para regular “la organización y actividades de las funciones del Estado” o “la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución” y reconocen la atribución del Presidente de expedir reglamentos y decretos para “la integración, organización, regulación y control”, “procedimientos” y “buena marcha” de la administración pública. (Arts. 142 y 171, Constitución 1998; Art.133 y 147, Constitución 2008).

expresan en la ejecución combinada de los modelos neoliberal y neointervencionista.

Junto a las normas de jerarquía secundaria como las del ERJAFE, en nuestro sistema jurídico, existen otras normas legales administrativas, que se refieren al régimen jurídico, al procedimiento administrativo y al ejercicio de la potestad sancionatoria de otras administraciones públicas, en varios cuerpos normativos, como el COOTAD que rige para los gobiernos autónomos descentralizados, y en las leyes que regulan las atribuciones administrativas de otras Funciones del Estado (Legislativa, Judicial, de Transparencia y Control, Electoral); de ciertos órganos como la Contraloría General del Estado, las Superintendencias, el Servicio de Rentas Internas y el régimen tributario, de la contratación pública y de los funcionarios públicos y de otras instituciones y de otros entes que proveen o controlan servicios públicos.

Esto es, al existir una constelación de normas administrativas con jerarquía de Ley, a excepción de las destinadas a la administración pública central e institucional, que están reguladas por el ERJAFE, constituye un avance jurídico importante que, se proponga, por medio del proyecto de un nuevo “Código Orgánico Administrativo”, que la actividad jurídica, los procedimientos administrativos común y especiales, los procedimientos sancionatorios y la responsabilidad extracontractual del Estado en todas las Funciones y organismos del Estado, queden regulados por una normativa uniforme y obligatoria que tenga el rango incontrovertible de Ley Orgánica.

De esta manera, ese ámbito tan amplio de la administración pública central o institucional, deja de estar sometido a la discrecionalidad del titular de la Función Ejecutiva y al cuestionamiento permanente de su eficacia jurídica por parte de los ciudadanos y, en especial, de las partes procesales y de los órganos judiciales, en los numerosos procesos jurisdiccionales que se tramitan sobre dichas materias.

3. EL PROYECTO DE CODIGO ORGANICO ADMINISTRATIVO. (su contenido y naturaleza jurídica)

El proyecto de Código Orgánico Administrativo se encuentra estructurado en cuatro libros: el primero destinado a las personas y la administración pública

en el que se involucran principios administrativos, las relaciones de las personas con la administración pública, la organización administrativa de la administración pública, los órganos colegiados, el ejercicio de las competencias y la actividad jurídica de la administración y el acto administrativo. El segundo libro se refiere al procedimiento administrativo, a la potestad resolutoria, al silencio administrativo, a la impugnación, a la ejecución de las decisiones administrativas y al procedimiento administrativo ordinario. El tercer libro regula los procedimientos especiales, entre lo que se encuentran el sancionador, los reclamos y recursos tributarios y la ejecución coactiva y el cuarto libro norma la responsabilidad extracontractual del Estado.

El proyecto incluye también, disposiciones generales, transitorias, reformatorias y derogatorias, en las que es preciso poner también atención ya que hay normas administrativas y de procedimiento, como las de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, del Servicio Público y de otras instituciones, que al no ser mencionadas seguirían vigentes y excluidas de la aplicación del nuevo Código Administrativo, a no ser que formen parte de una ambigua derogatoria general, que consta en su artículo final 437. Sería preferible un pronunciamiento categórico y fundamentado al respecto.

Lo que se denomina el “núcleo central” o el contenido fundamental del Derecho Administrativo, según la opinión compartida de varios estudiosos de la materia, involucra: a las normas constitucionales y legales que rigen a los órganos administrativos, en especial a la Función Ejecutiva y al sistema de su organización administrativa y sus relaciones; a la actividad jurídica de la administración y en especial al acto y silencio administrativos; al procedimiento administrativo, incluyendo su sustanciación, los reclamos, recursos y ejecución de las decisiones administrativas; al ejercicio de las potestades sancionatoria y expropiatoria y a la responsabilidad administrativa y al control jurisdiccional (contencioso-administrativo) de la actividad jurídica de la administración.

En nuestro sistema jurídico administrativo nacional, la inicial Ley de Régimen Político y las sucesivas Leyes de Régimen Administrativo con sus reformas hasta 2005 en que se realizó el último cambio a la norma vaciada por el ERJAFE; las Leyes Municipales y Provinciales y las relativas a normar las potestades de otros órganos del poder público regularon la actividad y los

procedimientos que se desarrollaban en los principales órganos administrativos del Estado. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (1968), el Código Tributario (1967), los Tribunales Contencioso Administrativo y Tributario y otras normas relativas a las Finanzas Públicas complementaron los requerimientos fundamentales administrativos de la época, tanto para el ejercicio y control de las potestades especiales de la administración nacional y local, como para proteger y tutelar los derechos de los “administrados”.

Desde la década de los noventa del siglo pasado hasta la actualidad, con la implantación del modelo neoliberal (1990-2006) y el neo intervencionista (2007-2016) o en su combinación, se planteó la modernización administrativa del Estado para que, con una mayor y a veces exclusiva participación de la Función Ejecutiva, “regule” o intervenga de manera más activa en la economía, en la explotación de los recursos y en los servicios públicos, junto con una más bien retórica ampliación en el reconocimiento de los derechos y garantías ciudadanas, conforme las Constituciones de 1998 y de 2008, inspiradas en el neoconstitucionalismo y en lo que algunos denominan “nuevo constitucionalismo latinoamericano”¹⁰.

Como resultado del proceso anterior no sólo se dismanteló y sustituyó la Ley de Régimen Administrativo por el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE 1994), sino que se dictó la intocada Ley de Modernización del Estado (1993) que se encuentra vigente; se reformó el sistema tributario y en general el régimen de las Finanzas Públicas; se expidieron nuevas leyes que norman el servicio público, la contratación pública, los gobiernos autónomos descentralizados y los órganos de control y se amplió la esfera del control judicial sobre la actividad jurídica de la administración (actos, hechos, contratos) y sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, por medio de Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo, que en la actualidad forman parte de la Función Judicial.

Si bien las normas antes indicadas se refieren al contenido fundamental del Derecho Administrativo, en cuanto a competencias y al régimen jurídico de

¹⁰ Carlos de Cabio Martín, *Pensamiento Crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, editorial Trotta, 2014; Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex S.A. 2010.

los órganos administrativos nacional y local y a los procedimientos administrativos, sancionatorios y de responsabilidad estatal, que protegen los derechos ciudadanos, ya no conceptualizados como “administrados”, queda claro que la estructura organizativa de la Función Ejecutiva y sus competencias, correspondientes a la administración pública central e institucional, así como su régimen jurídico y los diferentes procedimientos en los que están involucrados la mayoría de instituciones administrativas y los ciudadanos quedaron regulados por una norma secundaria como es el ERJAFE sin jerarquía de ley.

Sin embargo, el ERJAFE en la actualidad contiene: el Libro I, en el que se incluyen las disposiciones generales; la organización y las amplias competencias y facultades de la Función Ejecutiva, detallando las entidades que la integran y en especial la Secretaría Nacional de la Administración, la organización y competencias de los Ministerios y sus principales dependencias, así como lo relativo a gobernadores, jefes y tenientes políticos, intendentes de policía (denominado “régimen administrativo seccional dependiente”) y el régimen de los órganos colegiados. En el mismo libro, constan además, las regulaciones de los sistemas administrativos; las distintas figuras de la actividad jurídica de la administración; las competencias administrativas y los asuntos relativos a la reforma y extinción de los actos administrativos y actos normativos. El Libro II del ERJAFE, regula: el régimen del procedimiento administrativo común de la Función Ejecutiva incluyendo la revisión de oficio, los reclamos y los recursos; la potestad, principios y procedimientos sancionatorios; los derechos de los particulares y la responsabilidad de las administraciones públicas.

La Legislación española, en la que se ha inspirado recurrentemente nuestra legislación administrativa¹¹ y la expedida desde mediados del siglo pasado reguló los asuntos administrativos generales en dos leyes: la del Régimen Jurídico de la Administración del Estado en 1957 y la de los Procedimientos Administrativos en 1958; posteriormente las sustituyó por la Ley 30 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (1992 y 1999) y expidió también en 1997 la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

¹¹ La primera Ley de Procedimiento Administrativo se la identifica como Ley Azcárate inspirada por Vicente Santamaría de Paredes, 1888.

(LOFAGE) y la Ley 50 relativa a la Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno y sus reformas. En la actualidad, luego de la conformación de una Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), se tramitan varias iniciativas legislativas que propenden a una reforma integral de la organización y funcionamiento de éstas, para regular las relaciones “ad extra” de las administraciones con los ciudadanos y que hacen referencia al procedimiento administrativo principalmente y las relaciones “ad intra” e “inter” administrativas, destinadas a normar el funcionamiento interno de cada administración y las relaciones entre las distintas administraciones.¹²

El ERJAFE sin embargo, como hemos indicado, al igual que el contenido general de la legislación administrativa española, incluye, pero con la jerarquía de “reglamento autónomo”, modificable por voluntad exclusiva del Ejecutivo, las indicadas cuatro materias esenciales regulados por el Derecho Administrativo en la administración pública, con la finalidad de disponer de un instrumento jurídico que dependa de la exclusiva voluntad del Presidente de la República, sin la intervención de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional, para facilitar la implementación en el país de un modelo político autoritario, funcional a la aplicación de los modelos económicos vigentes.

En la propuesta de Código Orgánico Administrativo, se excluye de su contenido, para mantenerlo en la esfera reglamentaria y como exclusiva potestad del Ejecutivo, todo lo relativo a las normas de organización de esa Función y del gobierno, de los ministerios y dependencias del mismo y a sus competencias y sistemas organizativos, que serán seguramente los contenidos de lo que quedaría en el ERJAFE, o en una normativa que se expida al respecto, por medio de un Decreto Ejecutivo.

En este punto es necesario hacer referencia a una larga controversia en el Derecho Administrativo internacional, sobre a quién corresponde el ejercicio de la potestad “organizatoria” o el de la “organización de la Administración”: si a la Función Ejecutiva o a la Función Legislativa. Ricardo Rivero nos recuerda que Luciano Parejo Alfonso y la posición continental clásica atribuyen esa facultad al Ejecutivo, quien posee la potestad “organizatoria” y

¹² Fundamentación del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Ministerio de Hacienda. Enero de 2015.

reglamentaria del complejo orgánico-funcional del Gobierno y la Administración que preside, mientras el primero reivindica “el protagonismo del Legislativo en la determinación de las líneas organizativas de la Administración Pública (para) –un intenso control parlamentario sobre el crecimiento de las estructuras- y6 por sus repercusiones en el gasto y la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos”¹³.

Igual que ocurre en España, nos parece que quienes minimizan o niegan en Ecuador la reserva legal para el ejercicio de la potestad de organización de la Administración, pretenden desconocer que la Constitución vigente impone, en su artículo 133.1, la obligación que, mediante Ley Orgánica, se deba normar “la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución”; que “las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley...” (Art. 226); que “la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”; que es derecho y responsabilidad de los ecuatorianos “fiscalizar los actos del poder público” (Art.61.5) y “administrar honradamente y con apego estricto a la ley el patrimonio público y denunciar y combatir los actos de corrupción” (Art.83.8); que la participación de los ciudadanos “en forma individual y colectiva” se refiere a las “toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control popular de las instituciones del Estado...” y que “la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria” (Art.95), etc.

Las normas de la Constitución, antes indicadas, exigen pues un control permanente del poder, a ser ejercido mediante la discusión y aprobación de leyes por parte de la Asamblea Nacional, y por un control ciudadano, para establecer las normas generales y obligatorias de la organización administrativa de la que es responsable la Función Ejecutiva y para que ésta

¹³ Ricardo Rivero Ortega, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas...*, Madrid, INAP, 2012, p. 30.

cumpla los principios antes enunciados. Así mismo, aplicando la potestad de disposición propia del soberano, sólo mediante ley, deberían definirse las competencias y requisitos de los órganos que se creen; los parámetros organizativos modernos que siga el Ejecutivo para ejercer una buena y eficiente administración y los mecanismos que se adopten para garantizar la participación, transparencia, evaluación y fiscalización ciudadanas.

Ello no significa que el Presidente no ejerza la potestad práctica o de ejecución que le reconoce también la Carta Política de “dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos para su integración, organización, regulación y control”; “crear, modificar, suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación” y “expedir los reglamentos que convengan a la buena marcha de la administración” (Art.147.5; 6 y 13). Esta potestad reglamentaria no debe sustituir, como pretenden los autoritarios, la reserva legal que exige la Constitución para el ejercicio de la potestad de organización y los fines de la Administración.

Por lo tanto, cuando el Código Administrativo formula el Art.38, sobre la “Potestad de Organización”, si se lo mantiene, debería agregar,” en varios de sus numerales “conforme a la Ley”. Esto es, se debería, cuando menos, reconocer, en el proyecto del denominado “Código Orgánico Administrativo”, que sus normas no excluyen la obligatoriedad que tiene el Estado de expedir urgentemente una Ley Orgánica para la Función Ejecutiva que sustituya a la casi inexistente actual Ley de Régimen Administrativo que no ha sido formalmente derogada, de la misma manera que existen para su estructura y funcionamiento, leyes orgánicas que rigen las otras funciones del Estado y los Gobiernos Autónomos Descentralizados (COOTAD) y otras instituciones del poder público, algunas integradas a alguna Función del Estado y otras que conservan su autonomía.

A propósito de lo anterior, debería cuestionarse también la denominación de “Código Orgánico Administrativo”, pues en él no se agrupan todas las normas y leyes de la materia, sino que se refieren fundamentalmente al régimen jurídico, a los procedimientos (y parece que no a todos) y a la responsabilidad extracontractual del Estado, sin agotar tampoco el ejercicio de otras potestades que, como la “organizatoria” y la “expropiatoria”, también tiene la administración.

Por ello, más preciso sería denominar al proyecto: ***“Ley Orgánica del régimen jurídico, del procedimiento y responsabilidades de la Administración Pública”***, dejando en claro que se requiere para completar nuestro Derecho Administrativo, la expedición de una “Ley Orgánica de la Función Ejecutiva” que sustituya de manera definitiva a la casi inexistente Ley de Régimen Administrativo y que debe incluir las normas organizativas y las competencias que la Constitución, el ERJAFE y otras normas jurídicas otorgan a la Función Ejecutiva.

Pero, si la Asamblea Nacional prefiere mantener la iniciativa de discutir y aprobar un verdadero “Código Administrativo”, debería incluir un libro sobre la organización de la Función Ejecutiva, sus dependencias centrales; la estructura administrativa dependiente a nivel nacional y los sistemas organizativos que adoptará para el ejercicio de sus potestades y atribuciones.

En lo relativo al contenido actual del proyecto, en todo caso es importante que con la iniciativa legislativa tal como ha sido formulada, nuestro país, así sea con un poco de retraso, expida, por primera vez, una Ley que regule el régimen jurídico de la administración, el procedimiento y la responsabilidad administrativos, tal como lo han hecho antes España, Argentina, Uruguay, Costa Rica, Venezuela, Perú, Honduras, México, Brasil, Chile, Panamá, etc., sumándose a la corriente contemporánea de codificar cuando menos, de manera formal, los procedimientos administrativos¹⁴. De esta manera, en todo caso, se superaría la informalidad e inconstitucionalidad actual de regular asuntos administrativos, de tanta trascendencia para los ciudadanos, con un Estatuto constantemente cambiado y adoptado a las necesidades políticas contingentes de los gobiernos de turno desde 1994.

4. OTRAS SUGERENCIAS GENERALES SOBRE EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE CODIGO ADMINISTRATIVO EN SU LIBRO I

Adicionalmente nos permitimos realizar, sin obviamente agotar el tema, dos observaciones generales adicionales sobre el contenido del primer libro del

¹⁴ Allan Brewer-Carías, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444)”, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No.67.2011.

proyecto de Código Orgánico Administrativo, relativas al derecho a la “buena administración” y a las relaciones interadministrativas.

1. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACION:

El proyecto en su artículo 25, se refiere al “Derecho fundamental a la buena administración pública”. Nuestra Constitución no menciona como derecho fundamental al “buen gobierno” ni el derecho ciudadano o de las personas a “la buena administración pública”. Estas expresiones han sido desarrolladas inicialmente en el viejo continente, a propósito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Tratado de Lisboa¹⁵ y la expedición de directivas comunitarias al respecto y, al margen del abuso de la palabra “derecho”, en todo caso han producido en todos los países de aquella un “efecto dinámico” en cuanto a la extensión de la tutela de los derechos de los ciudadanos¹⁶

Nuestra Constitución enfatiza que la administración pública, de la que es “responsable” el Presidente de la República y en la que se incluyen otros órganos del poder público que forman parte de ella, “constituye un servicio a la colectividad” y se rige por los principios de “eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación participación, planificación, transparencia y evaluación” (Art. 227). Los enunciados principios y en especial los de eficacia, eficiencia, calidad, desconcentración, descentralización y coordinación, no son sino las características esenciales para poder contar con un buen gobierno y una excelente o cuando menos “buena administración”, en beneficio de los ciudadanos y en la que estos actúen aplicando efectivamente el principio de participación.

El proyecto de Código “positiviza” este derecho a una “buena administración”, en sus artículos 25 al 30, disponiendo que “se concreta” a la aplicación de los principios previstos en el título preliminar y en los derechos

¹⁵ Art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, 1 de diciembre de 2009.

¹⁶ Lucio Pegorano, “¿Existe un derecho a una buena administración? (algunas consideraciones sobre el abuso de la palabra derecho)”, en *“El derecho a una buena administración y a la ética pública”*, Carmen Ávila y Francisco Gutiérrez, coordinadores, monografías 746, Valencia, Fundación General de la Universidad de Málaga, 2011.

y garantías señalados en la Constitución: derecho de petición, tutela administrativa efectiva, debido procedimiento administrativo, motivación y oportunidad en las decisiones administrativas; acceso a los servicios públicos o de interés general y remoción de obstáculos en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, es evidente que el texto omite las formas concretas de participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones y en el ejercicio del control a la administración y a la corrupción.

También, en esta parte del Código, es pertinente incluir los mecanismos legales existentes o que se desarrollan, para el ejercicio de la transparencia administrativa y el combate efectivo a la corrupción; el acceso a la información, registros y archivos administrativos que contiene enormes restricciones para los ciudadanos e incluso para los legisladores y el uso de la tecnología para optimizar la eficacia y eficiencia de la administración.

Si se trata de un Código Administrativo, a propósito del “derecho fundamental a la buena administración”, se deberían incluir de manera coherente todas las normas que existan sobre los temas antes indicados y desarrollar nuevas de carácter “operativo” y “eficaz”, para que los principios constitucionales y legales no queden en meros enunciados, sin dejar de reconocer “la dificultad de categorizar unitariamente el derecho a una “buena administración”¹⁷, que para algunos se ha convertido en el complemento necesario a los principios de legalidad, transparencia y participación que caracterizan al nuevo Derecho Administrativo, que requieren de una acción efectiva de la sociedad y de las instituciones creadas para promover y hacer respetar y ejecutar los derechos como son la Defensoría del Pueblo y la Función jurisdiccional.

Este derecho a la “buena administración” nos remite también a la relación eficiente y oportuna entre las administraciones públicas, especialmente la que dirige el Ejecutivo con las locales y las que prestan otros servicios públicos propios o impropios.

¹⁷ José María Souvirón Morenilla, “Sentido y alcance del derecho a una buena administración”, en *El derecho a una buena administración y a la ética pública*, Carmen Avila y Francisco Gutiérrez, coordinadores, monografías 746, Valencia, Fundación General de la Universidad de Málaga, 2011.

2. LA RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS

Uno de los temas importantes de la legislación administrativa, en la actualidad, es la relativa a regular las relaciones interadministrativas con la finalidad de aplicar los principios constitucionales de coordinación y cooperación que conjuntamente con los de legalidad y participación son los pilares de una eficiente y eficaz administración pública, tal como lo dispone la Carta Política vigente o para hacer efectivo el antes enunciado “derecho fundamental” a una “buena administración pública”.

En la organización territorial del Estado, la Constitución establece un régimen de competencias “exclusivas” entre los órganos administrativos del gobierno central y los gobiernos locales, en el que “no se excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno” (Art.260)

Las normas antes indicadas hacen imprescindible que la legislación administrativa desarrolle las relaciones interadministrativas entre los órganos de la administración central e institucional dependientes del Ejecutivo y la relación de éstos con otros órganos del poder público y en especial con los gobiernos autónomos descentralizados, para el ejercicio adecuado y eficiente de competencias concurrentes, complementarias y subsidiarias.

Se trata en definitiva, como dice la profesora Montañés Castillo de “identificar y desarrollar los procedimientos en los que intervienen dos o más Administraciones para implementar en ellos mejoras, simplificándolos, haciéndoles más accesibles y ágiles para los distintos usuarios o clientes” y definir “estrategias de modernización de los servicios públicos de cualquier administración” mediante “la colaboración y cooperación con otras Administraciones”¹⁸

La Constitución y el COOTAD establecen la conformación de un organismo técnico, el Consejo Nacional de Competencias, para regular la transferencia de competencias, la gestión de competencias concurrentes, la asignación de

¹⁸ Lourdes Yolanda Montañés Castillo, “Relaciones Interadministrativas y Simplificación” en *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Eduardo Gamero Casado, Coordinador, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

competencias residuales y la resolución de conflictos sobre las mismas, sin perjuicio de acciones o impugnaciones que se planteen al respecto ante la Corte Constitucional. La Carta Política dispone, a la vez, que estos trascendentales asuntos deben resolverse aplicando el principio de subsidiaridad (Arts. 268 y 269), lo que implica reconocer el papel privilegiado que en estos temas se confiere a la Función Ejecutiva como máxima autoridad administrativa del Estado.

En el proyecto de Código Administrativo, las relaciones interadministrativas, son abordadas inadecuadamente a nuestra manera de entender, pues son reguladas como principios en cuatro artículos: de lealtad institucional (21), de corresponsabilidad y complementariedad (22), de subsidiaridad (23) y de colaboración (24). En esos textos no se define dichos principios con claridad y se limitan a describir algunas implicaciones prácticas de aquellos, sin determinar los instrumentos jurídicos que se proponen para su ejecución. Por ejemplo, el proyectado Artículo 24, relativo al principio de colaboración: enumera indirectamente su concepto; utiliza en sus numerales 2 y 3, disposiciones potestativas que deberían tener un carácter imperativo en la gestión de competencias y en el uso eficiente de recursos, y en el numeral 6 propone, de manera abierta, que el deber de colaboración entre las Administraciones Públicas “se desarrolle a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria (se) establezcan entre ellas”, cuando la Ley debería precisamente enunciarlos y normarlos sin dejar de mantener cierta flexibilidad en los mismos.

El proyectado “Código” debería además desarrollar o sistematizar en un capítulo adicional en su título preliminar o como otros títulos: “los procesos de gestión e innovación de las administraciones públicas y las relaciones interadministrativas” con la finalidad de abordar allí los procesos de “desconcentración” y la “descentralización”; “la simplificación administrativa” y la “administración en red” y en ese contexto establecer también los instrumentos jurídicos y los procedimientos para normar las relaciones entre las administraciones públicas¹⁹.

¹⁹ Ricardo Rivero Ortega, *“La necesaria innovación en las instituciones administrativas”*, INAP, Madrid, 2012; Artículos 5 al 9 de la Ley 30/1992 y Ley 4/1999. Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de España.

La legislación española, por ejemplo, para regular la relación interadministrativa prevé “conferencias sectoriales” nacionales o locales, órganos de composición bilateral o multilateral para regular y ejecutar, no con carácter consultivo sino resolutivo mediante convenios, la cooperación y coordinación entre la administración general del Estado y los gobiernos locales. También dicha legislación regula formalmente los convenios que se celebren, la conformación de consorcios, sociedades, planes y programas conjuntos sujetos a seguimiento y evaluación y los efectos y los asuntos litigiosos de los mismos.

El proyecto de Código Administrativo no incluye ni ubica adecuadamente, como debería hacerlo por su naturaleza, las normas que a nuestro juicio fueron agregadas precipitadamente en el COOTAD como Título V: DESCENTRALIZACION Y SISTEMA NACIONAL DE COMPETENCIAS, que regula la descentralización, el procedimiento de transferencia y las relaciones de la administración pública central con las administraciones de los gobiernos autónomos descentralizados; las normas relativas a la asignación, ejercicio y conflictos de competencias y a la estructura y funciones del Consejo Nacional de Competencias, que deberían constar parte en las relaciones entre las Administraciones Públicas y otras en lo relativo a las competencias.

5. CONCLUSIONES INICIALES:

Coherentemente con lo sugerido hasta aquí, planteamos las siguientes conclusiones iniciales:

- a) El proyecto de nuevo Código Administrativo debería modificar su nombre y denominarse ***“Ley Orgánica del régimen jurídico, del procedimiento y responsabilidades de la Administración Pública”*** y, por las consideraciones antes expuestas, debería reunir en su Libro I: Personas y Administración Pública: ámbito de aplicación del Código; los principios de la administración pública; las personas, las personas y su relación con las administraciones públicas; los sistemas de organización de la administración pública y las relaciones interadministrativas; la personalidad jurídica y la representación de las administraciones públicas; las competencias administrativas, su ejercicio, conflictos y Consejo Nacional de Competencias. El Libro II

debería desarrollar y regular, más en extenso, las figuras principales de actividad jurídica de la administración, incluyendo al silencio administrativo y obviamente ese sería el lugar adecuado para normar todo lo relativo al Acto Administrativo y a su ejecución. El III Libro debería agrupar los procedimientos administrativos común, disciplinario y especiales y el IV la responsabilidad administrativa y otras potestades de la administración.

- b) Lo relativo a organización y potestades de la Función Ejecutiva y los órganos de la misma a nivel nacional y seccional, deberían formar parte de una Ley Orgánica de la Función Ejecutiva que sustituya de manera eficaz y definitiva a la casi inexistente Ley de Régimen Administrativo y al ERJAFE en los asuntos de organización y competencias de la Función Ejecutiva, de la misma manera que, en la actualidad, la potestad organizativa y el régimen de los gobiernos locales descentralizados constan en el COOTAD y el régimen y potestades administrativas de otros órganos del poder público se encuentran en sus correspondientes leyes orgánicas.
- c) Si la Asamblea Nacional prefiriera mantener la iniciativa de discutir y aprobar un verdadero “Código Administrativo”, debería incluir en el actual proyecto un libro sobre la organización de la Función Ejecutiva, sus dependencias centrales, la estructura administrativa dependiente a nivel nacional y los sistemas organizativos que adoptaría para el ejercicio de sus potestades y atribuciones